SÉRIE
COMÉRCIO INTERNACIONAL E INFORMAÇÃO

ICC Brasil e Faculdade de Direito da USP

Grupo de Estudos em Direito, Economia e de Direito Internacional do Mercado de Capitais (GEDE-DIMEC)

1

DIREITO E ECONOMIA:
CONCEITOS PARA A MELHORIA DA EFICIÊNCIA DOS NEGÓCIOS NO BRASIL

ICC Brasil

Chairman

Daniel Feffer
Grupo Suzano

Membros do Conselho

Robson Braga de Andrade
Presidente, CNI

Nelson Salgado
Vice-Presidente de Relações Institucionais, Embraer S.A.

Olavo Machado Júnior
Presidente, FIEMG

Ricardo Diniz
Vice Chairman, Bank of America Merrill Lynch Brasil

Antonio Corrêa Meyer
Sócio-fundador, Machado, Meyer, Sendacz e Opice Advogados

Diretor Estatutário

José Augusto Coelho Fernandes
Diretor de Políticas e Estratégia, CNI

Diretor Adjunto

Carlos Alberto Nogueira Pires da Silva
Diretor, CNI/SP

Diretoria Executiva

Gabriel Petrus, *Diretor, ICC Brasil*

Karim Aguilar, *Assessora, ICC Brasil*

Leonardo Barbosa, *Estagiário, ICC Brasil*

ICC Brasil e Faculdade de Direito da USP

Grupo de Estudos em Direito, Economia e de Direito Internacional do Mercado de Capitais (GEDE-DIMEC)

Autores (GEDE/DIMEC):

Alexandre Garcia Padilha
Thaís Helena Smilgys
Vinicius Spaggiari
Rodrigo Leme Freitas
Marcos Blasi
Matheus Andrade
Nicole Dentes
João Vitor Ferrari

Revisão:

Professora Drª Maristela Basso (FDUSP)
Professora Dr.ª Luciana Yeung (Insper)

Editorial

Direito e Economia: conceitos para a melhoria da eficiência dos negócios no Brasil

A ICC Brasil e a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, por meio de seu Grupo de Estudos GEDE/DIMEC, apresentam o primeiro número da série **Comércio Internacional e Informação**, com a missão de oferecer às empresas no Brasil um novo conjunto de ferramentas para o comércio internacional, investimentos e transformação digital dos negócios.

Em tempos de travessia e incertezas no Brasil, a aproximação entre setor empresarial e academia é fundamental para reduzir as assimetrias de informação e promover o desenvolvimento de soluções inovadoras que aumentem a eficiência do dia-a-dia das empresas.

No Brasil, a necessidade de incremento da eficiência e produtividade das empresas é urgente. E é preciso que se tenha claro entre todos os atores da sociedade civil: o sucesso da atividade empresária no Brasil é fundamental para que a economia volte a crescer e possa com isso resultar

em benefícios para todo o conjunto da população

O objetivo deste projeto é identificar ferramentas sistêmicas que de imediato permitam as empresas ter mais eficiência, diante das limitações impostas pelos gargalos de competitividade já conhecidos. Trata-se de alternativa a ser explorada enquanto não se concretizam as reformas estruturais em curso.

A ICC – *International Chamber of Commerce* (também conhecida como a *The World Business Organization*) é a voz global do setor empresarial perante governos e organizações internacionais (entre as quais se destacam a ONU, a OMC e a OCDE) para a defesa do comércio internacional e do livre fluxo de pessoas, mercadorias, serviços e dados como estratégias para o crescimento econômico e geração de empregos.

O Grupo de Estudos em Direito, Economia e de Direito Internacional do Mercado de Capitais da Faculdade de Direito da USP, por sua vez, tem como objetivo maior promover a relação dos institutos jurídicos com o mercado, aplicando a metodologia econômica à análise de questões legais e aproximando a pesquisa jurídica à prática empresarial.

O objetivo deste primeiro número da série **Comércio Internacional e Informação**, com o tema "Direito e Economia: conceitos para a eficiência dos negócios no Brasil", é apresentar aos tomadores de decisão nas empresas a metodologia "Direito e Economia" (*Law and Economics*) – também conhecida como Análise Econômica do Direito (AED) –, como ferramenta para mitigar riscos e contribuir para que a condução diária das atividades empresariais se faça de modo eficiente. Sua aplicação traz resultados práticos em temas como contratos, propriedade, organização societária, responsabilidade civil e também no âmbito dos mecanismos de solução de conflitos

O instrumental aqui apresentado permitirá ao setor empresarial no Brasil mapear (e superar) limitações inerentes ao processo decisório corporativo que por vezes podem causar a estagnação produtiva ou até mesmo a redução drástica do lucro. Apostar no sucesso da atividade empreendedora a partir de um ambiente econômico eficiente é decisivo para a retomada do crescimento econômico no Brasil e geração de renda e prosperidade compartilhada com toda a sociedade.

São Paulo, 02 de abril de 2017

Maristela Basso
Professora Doutora de Direito Internacional da Faculdade de Direito USP
Coordenadora do Grupo de Estudos GEDE-DIMEC/FDUSP
Sócia do Nelson Wilians Advogados Associados

Gabriel Petrus
Diretor Executivo da ICC Brasil

ÍNDICE

1. O que é "Direito e Economia"?

O estudo de Direito e Economia busca aplicar as ferramentas da economia para a compreensão do aparato jurídico, em especial o papel da configuração legislativa em relação ao comportamento dos agentes e à maximização dos lucros, partindo da premissa utilitária de racionalidade do agente econômico, que atua sempre para maximização da eficiência: a diminuição de custos e aumento de lucros.

O problema fundamental do sistema econômico, assim, opera-se sobre o conceito de eficiência, isto é, a alocação adequada de recursos escassos para o atendimento de necessidades ilimitadas de modo a indicar um caminho a ser seguido para gerar mais resultados com menos recursos (aumentando, assim, a produtividade) e com isso melhorar o padrão de vida das populações.

Em tempos de amplo debate sobre o combate à corrupção, pode-se exemplificar esse estudo da seguinte maneira: na prática dos chamados crimes de colarinho branco, o que se mostra mais eficiente do ponto de vista de punição: Encarceramento? Multa severa? Os dois? Uma resposta precisa depende(rá) de teorias matematicamente precisas e métodos empíricos consistentes que compreendam, por exemplo, a probabilidade de ser pego e o tamanho da penalidade. Esse tipo de exemplo pode ser extrapolado para questões contratuais, responsabilidade civil, negociações em geral, etc.

A origem da discussão contemporânea de Direito e Economia encontra-se no trabalho pioneiro de Ronald Coase, que apontava novos aspectos e questões para o tratamento da relação entre Direito e Economia (sendo aprofundada, mais recentemente, pela teoria das Organizações). A firma, por exemplo, despontou como um de seus núcleos de estudo, sendo a ela atribuída a condição de modo alternativo de organização com o fim de gerar um ambiente econômico menos dispendioso e com menor custo de transação.

O ganhador do Nobel de Economia de 1991 deu o passo inicial para a fundação do movimento de Direito e Economia, que hoje alcança diversas análises metodológicas entre elas, o estudo do Direito, Economia e Organizações, que inclui a análise do papel desempenhado pelas instituições e organizações sociais, partindo dos autores Douglas North e Oliver Williamson (e, no Brasil, dos esforços de Decio Zylbersztajn e Rachel Sztajn nos diálogos entre as faculdades de direito e de economia da USP).

A proposta da análise, portanto, parte do pressuposto das normas como pano de fundo da atuação dos agentes econômicos. Além disso, o ambiente normativo estabelece regras de conduta que influenciam, incentivam e planejam as relações entre pessoas que já não mais são vistas de forma isenta à economia. Há neste nível uma influência recíproca das esferas de análise, que se moldam e constroem regras.

2. Temas comuns a Direito e Economia

2.1 Dimensão Econômica da Propriedade

O direito de propriedade é a tentativa de solucionar e racionalizar o uso dos bens e o problema da escassez de recursos, nunca sendo demais lembrar que a escassez constitui um dos fundamentos mais importantes da própria economia. A definição dominante de direitos de propriedade, pode ser resumida como um conjunto de direitos sobre um bem, cujo agente que o detém pode exercer sobre ele seu domínio, sendo esse exercício protegido contra interferência por outros agentes. Nessa definição, propriedade consiste em uma série de relações entre pessoas e só incidentalmente envolve uma "coisa" ou um bem.

As definições da propriedade, portanto, indicam a forma com que o agente vai agir em um contexto específico, recain-

do a ideia central no fato de que direitos de propriedade bem definidos farão com que o recurso venha a ser alocado ao uso que gere maior bem-estar, ou seja, àquele agente que o valoriza mais. No entanto, dificilmente os direitos de propriedade são bem definidos e custos de transação raramente são baixos.

Em princípio, isso significaria que os agentes econômicos teriam dificuldades em alocar eficientemente os recursos, o que representaria uma perda de bem-estar. A análise econômica propõe que, em vez de simplesmente abrir mão dos ganhos, os agentes econômicos criem incentivos para organizar suas relações que mitiguem os problemas da negociação, permitindo, assim, que os ganhos de bem-estar sejam realizados e que a distribuição de riqueza se desenvolva de forma otimizada

A propriedade, dessa forma, com enfoque na governança corporativa, parte do pressuposto de que os resultados das empresas dependerão não só da estrutura externa de direitos de propriedade (empresas estatais, empresas cooperativas, empresas abertas, sociedades limitadas), como também da estrutura de direitos de propriedade interna à organização caracterizada pelas regras internas e pela estrutura organizacional. Ou seja, regras que definem a alocação dos direitos gerados pela empresa e regras que definem direitos de tomada de decisão dentro das empresas.

Quando uma determinada atividade – uso da propriedade - é realizada de forma a gerar dano a um terceiro (externalidade negativa), a lei tem como dever oferecer uma solução que determine qual das partes tem o direito garantido de não ser perturbado em sua posse ou, mesmo, de ponderar a possibilidade de fazê-lo. Isso significa, por exemplo, que nem sempre uma fábrica que polui será punida por essa prática, mesmo que gere um certo prejuízo a casas vizinhas (a empresa pode exercer a sua atividade em um local destinado para isso, por meio de zoneamento urbano). O mesmo não pode ser dito de uma atividade comercial que gere ruídos acima do permitido e que esteja localizada num bairro eminentemente residencial.

A lei, contudo, nem sempre tem capacidade de prever as soluções mais eficientes para cada caso. Geralmente, e por essa razão, o direito determina que o agente que causa o dano pague por ele. Mas essa premissa, confrontada com a racionalidade econômica, não se mostra como sendo a mais adequada na totalidade dos casos. Em outras palavras, a lei é muitas vezes construída partindo-se de abstrações e generalizações. Isso, até certo ponto, é óbvio já que seria absolutamente inviável (e, provavelmente, não desejável em termos de sistema jurídico) que a legislação delimitasse, de forma detalhada, todas as manifestações que podem advir da sociedade.

O ponto central, na verdade, é que a lei, como posta, também não deve servir como uma espécie de dogma irrefutável, de modo a inviabilizar que as partes, por si, encontrem soluções mais eficientes. Nesse contexto, retornando ao exemplo da fábrica que polui, talvez fosse mais vantajoso que tanto a fábrica (que respeita o zoneamento) quanto a residência que, por estar na mesma área, sofre os efeitos da poluição, buscassem uma solução mais eficiente do que ter a ação judicial como a única e, às vezes, ineficiente medida para dar conta do problema. Eventuais gastos com serviços jurídicos, indenizações e incertezas, por exemplo, poderiam melhor distribuir a riqueza do que a prescrição legislativa, mesmo para o agente que sofre o dano (nesse caso o proprietário da residência).

O direito de propriedade, em princípio, busca fomentar o intercâmbio voluntário dos agentes, de modo a remover os

obstáculos da negociação e tornar as responsabilidades mais claras. Quanto menores os "custos de transação" (definidos abaixo) relativos ao Direito de Propriedade, como a transferência, aquisição, proteção, entre outros, maior será a possibilidade de que os agentes se engajem na negociação eficiente dos problemas advindos do impacto a terceiros em decorrência do uso da propriedade.

O famoso Teorema de Coase (assim denominado por Stigler), nesse sentido, foi importante por afirmar que, na ausência dos chamados custos de transação, tanto a alocação quanto a distribuição inicial dos direitos de propriedade teriam importância mitigada, já que os agentes envolvidos teriam impulso para buscar uma realocação eficiente. Nas palavras do próprio Coase: "o mundo real apresenta fricções que denominamos "custos de transação", fricções estas causadas por assimetrias de informação que dificultam ou impedem que os direitos de propriedade sejam negociados a custo zero". E, claro, invariavelmente o sistema legal interfere diretamente na alocação desses direitos.

Um dos mais conhecidos exemplos de Coase é o da poluição da fábrica e do fazendeiro. No caso, a poluição do rio ge-

rada pela fábrica prejudica a atividade do fazendeiro, reduzindo sua renda num valor hipotético de $500. Esse prejuízo poderia ser evitado se o fazendeiro investisse num sistema de purificação de água ao custo de $300. A fábrica, por sua vez, poderia cessar a poluição ao custo de $100 (solução mais eficiente). Caso a fábrica ou o fazendeiro decida mudar as suas atividades de local em virtude desse problema, o custo total dessa iniciativa seria de $1000. Note que, nesse caso, a parte que detém o menor custo inicial para cessar o problema é a fábrica. O argumento de Coase é de que, caso os custos de transação sejam inexistentes, basta que os direitos de propriedade sejam bem definidos para que as partes, voluntariamente, busquem a solução mais adequada.

No fundo, umas das conclusões centrais é que tanto a lei quanto o comportamento dos agentes seja estruturado de tal maneira que os obstáculos sejam removidos de forma a permitir que a iniciativa privada persiga a solução mais eficiente, sendo importantes a esse propósito os estudos de governança corporativa, que incluem tanto as regras internas quanto sua estrutura organizacional.

2.2 Direito, Economia e Contratos

O conceito básico que se pode apontar com Direito e Economia é que existem problemas potenciais nos contratos, problemas esses que são antecipados pelos agentes. No entanto, tais agentes podem descumprir promessas, motivados pelo oportunismo e pela possibilidade de apropriação de valor dos investimentos. Isto porque, agentes, potencialmente oportunistas, sentir-se-ão estimulados a romper ou adimplir os contratos, sendo justificável a existência de um corpo legal, formal, de normas, que se soma às regras informais para disciplinar o preenchimento das lacunas.

No entanto, o estudo de Direito e Economia nos permite uma nova abordagem, já que, com mecanismos básicos de incentivo e desincentivo, os agentes abster-se--ão de quebrar os contratos se os custos de rompimento forem maiores do que os benefícios em fazê-lo. Cabe destacar que os custos de romper os contratos de modo oportunístico estão associados a mecanismos privados (perda de reputação) ou públicos (penalização pela justiça). A questão da governança é construída, assim, buscando lidar com possibilidades futuras de rompimento contratual.

Tudo isso quer dizer que a combinação de contratos incompletos (decorrentes da racionalidade limitada) com informações pouco confiáveis (decorrentes do oportunismo) corrói a ideia de que o simples conhecimento do contrato entre duas partes será suficiente para eliminar problemas pós-contratuais.

A Teoria dos Jogos, tida como o ramo da matemática aplicada que avalia situações estratégicas em que os “jogadores” atuam de forma a aumentarem os seus retornos, serve como subsidio à melhor compreensão da análise econômica do direito contratual. A primeira finalidade deste, pela perspectiva do Direito e Economia, é possibilitar que os agentes convertam jogos com soluções ineficientes em jogos com soluções eficientes.

A linguagem da Teoria dos Jogos nos ensina que os contratos tido como executáveis promovem a cooperação entre as partes envolvidas. Nesse contexto, um compromisso, assim, poderia excluir uma oportunidade. Um famoso exemplo apresenta a questão do peso do compromisso no ambiente representado pelo conhecido

livro A Arte da Guerra, de Sun Tzu: quando seu exército tiver cruzado a fronteira [e entrando em território hostil], você deveria queimar seus barcos e pontes, a fim de deixar claro para todo o mundo que você não tem saudade de casa. O problema, contudo, é que destruir as pontes retiraria a possibilidade estratégica de bater em retirada.

O exemplo acima, apesar de parecer um tanto quanto arbitrário e deslocado do tempo, se mostra tão atual quanto o exemplo de um advogado corporativo que sobrepõe a sua posição de firmeza diante de uma negociação em detrimento da reflexão dos benefícios que tal postura possa ou não gerar do ponto de vista da maximização de retorno do ponto de vista da empresa que representa. No fim das contas, talvez o objetivo do advogado nesse exemplo seja o de preservar a sua posição perante seus pares e (ou) lideres, equilibrando tal comportamento com um risco ou prejuízo manejável para a empresa.

Ainda nesse contexto, vale citar o conhecido exemplo do Dilema dos Prisioneiros. Esse caso clássico expõe a situação de duas pessoas presas que cometeram ilícitos penais mas que ao mesmo tempo estão cientes da inexistência de provas para incrimina-los. Segundo o problema, caso ambos incriminem um ao outro (traição recíproca) os dois receberiam uma pena de cinco anos. Na hipótese de ficarem em silêncio, a pena para ambos não seria superior a seis meses. Se uma parte ficar em silêncio e a outra confessar, esta conseguiria a liberdade enquanto que aquela receberia a pena de dez anos, lembrando que um não têm conhecimento prévio do ato do outro.

Esse modelo, bastante representativo na Teoria dos Jogos, visa elucidar o peso das decisões individuais em detrimento do ganho coletivo como, por exemplo, numa relação ganha-ganha num contrato. Em outras palavras, ele analisa diferentes situações em que o interesse eminentemente individual age como barreira na busca de uma solução ótima e eficiente a todos os envolvidos. Parte-se do pressuposto, assim, de que existe um ponto ótimo de ganho para as partes, em que observância de certos comportamentos leva à uma situação de ganho equilibrado, mas que apenas é atingível quando uma parte atua de modo a evitar perdas desarrazoadas para a outra e vice-versa. O desenvolvimento da confiança, nesse caso, é fundamental.

Outro aspecto fundamental relativo aos contratos diz respeito à simetria de informações. Esse conceito, em suma, explora o conjunto de informações existentes que se apresentam como sendo importantes na negociação de um contrato. Num contexto em que haja simetria de informação, ou seja, numa situação em que as partes envolvidas dominam todas as informações relativas a negociação do contrato, maiores são as chances de que acordo seja eficiente. Por outro lado, no caso de informações assimétricas, informações vitais para a negociação são obscurecidas, seja por fatos externo ou, mesmo, de forma proposital quando, por exemplo, uma das partes mente ou sonega informações com o fim de obter vantagem na barganha.

Visando ilustrar o ponto da simetria de informação, pensemos numa negociação prévia entre duas empresas cujo objeto seja a violação de direitos de propriedade intelectual. A empresa A teve o seu direito violado pela empresa B, que assume a violação mas busca tentar diminuir substancialmente o valor do acordo inicialmente ofertado pela empresa A. Acordo esse, aliás, apresentado como iniciativa apta a evitar uma futura demanda judicial. Depois de meses de negociação, a empresa A, otimista pela observância de seus termos, já apresenta os eventuais valores a serem

recebidos pela empresa B em seu balanço trimestral. Mas, nesse meio tempo, a empresa B procura um renomado escritório de advocacia especializado, justamente, em casos de mitigação de indenizações por violações de direitos de propriedade intelectual. Esse exemplo ilustra como a assimetria de informação – no caso, não ter visibilidade de que a empresa B estava procurando o mencionado escritório de advocacia – pode gerar percepções distintas numa negociação de um contrato, abalando assim a relação de confiança e a busca por uma solução eficiente.

Dentre outros objetivos, a teoria econômica do direito contratual, assim, persegue tais finalidades: (a) possibilitar que as pessoas e (ou) empresas busquem a cooperação em detrimento de soluções ineficientes que decorram somente da observância de interesses meramente individuais; (b) incentivar a divulgações eficiente de informação na relação contratual; (c) buscar o desenvolvimento de uma confiança ótima entre as partes; (d) atuar na minimização dos custos de transação envolvidos na negociação dos contratos; e (e) promover, por meio da cooperação, relações contratuais duradouras, evitando, assim, que os tribunais definam a regras para o cumprimento contratual.

2.3 Responsabilidade civil

Sabe-se que a interação entre pessoas e (ou) empresas gera prejuízos a todo momento. Desde meros dissabores como quando escorregamos num piso molhado numa clínica sem o respectivo aviso, até tragédias ambientais como no recente caso do rompimento da barragem da mineradora Samarco na cidade mineira de Mariana. É importante lembrar que nem sempre tais prejuízos são gerados nos âmbitos do direito contratual ou de propriedade. Uma terceira modalidade – a responsabilidade civil – se apresenta como sendo a matéria que analisa os atos ilícitos indenizáveis que não se originam de um descumprimento contratual ou de uma ameaça ao direito de propriedade.

Em termos econômicos, a responsabilidade civil se apresenta como sendo uns dos instrumentos de política pública que se vale da responsabilização como forma de internalizar externalidades originadas por custos de transação elevados. Dito de uma forma mais simples, a atribuição de responsabilidade pode induzir o responsável por um determinado dano a internalizar os custos que ele acarreta a outras pessoas.

Em suma: ele deve pagar rigorosamente o equivalente àquilo que a pessoa prejudicada por ele perdeu em decorrência de seu ato. O aspecto central dessa matéria recai na análise complexa que coloca na balança o custo do dano versus o custo de evitá-lo. E a lei, como não poderia deixar de ser, possui um peso importante na busca por esse equilíbrio.

Parte importante dessa discussão diz respeito ao nível eficiente de precaução. Esse conceito está relacionado aos elementos que elevam a condição de cautela seja para o autor do dano, seja para a vítima. Uma garrafa de refrigerante pode explodir em decorrência de falhas no processo de produção ou porque o consumidor a expõe a condições inadequadas. Ou os dois motivos ao mesmo tempo. O mesmo raciocínio serve para o caso de um consumidor enfrentar um sério efeito colateral em razão da ingestão de um remédio, seja motivado por uma bula com informações insuficientes ou confusas, ou porque o consumidor simplesmente optou por não lê-la.

Nessa linha, a ausência de responsabilidade expressa pode gerar um comportamento positivo da vítima em relação a precaução, enquanto que o autor do dano, nesse caso, mitiga a sua preocupação com o dever de cuidado. No caso responsabili-

dade objetiva, por outro lado, o quadro se inverte: na ausência da necessidade de aferição de culpabilidade por parte do autor do dano (responsabilidade objetiva), este invariavelmente tenderá a possuir um nível de precaução consideravelmente maior do que as eventuais vítimas. Isso torna aconselhável, por parte das empresas cujas atividades sejam consideradas de risco, seja pela natureza em si, ou por tendências jurisprudenciais, que se realizem estudos frequentes acerca de suas atividades e de como elas podem gerar externalidades negativas (prejuízos) a terceiros.

A famosa regra de Hand, estabelecida pelo juiz norte americano Learned Hand, serviu como base para a resolução de diversos conflitos dessa natureza. Essa formulação surgiu do processo United States v. Carrol Towing Co. (1947). O processo dizia respeito à perda de uma pequena embarcação e de sua carga em decorrência de negligência por parte de terceiro. No caso, haviam várias barcaças amarradas por uma única corda no porto de Nova Iorque e, a pedido do réu, um terceiro – rebocador – foi orientado a rebocar seu barco para outro local. Para fazer isso, contudo, o rebocador precisava reajustar a corda que também estava servindo a barcos de outros proprietários. Como o rebocador não encontrou ninguém a bordo desses outros barcos, ele reajustou a corda sozinho. Como este ato não foi realizado de modo correto, um dos barcos se soltou e colidiu com outra embarcação, afundando junto com a carga. O proprietário do rebocador, com isso, foi processado pelo proprietário do barco afundado, alegando, em sua defesa, que o proprietário deveria ter alguém no barco para situações desse tipo.

Na decisão, o mencionado juiz buscou balancear as seguintes questões: 1) a probabilidade de que a embarcação fosse se soltar; 2) a gravidade do dano resultante nessa hipótese e 3) o ônus de precauções adequadas. A fórmula, com isso, se resume na análise entre ônus, responsabilização e probabilidade, sendo a responsabilização civil dependente do ônus ser menor do que a responsabilização, multiplicado pela probabilidade. No final, o proprietário da barcaça que afundou foi considerado negligente por não possuir um barqueiro a bordo durante o expediente de trabalho.

Desse modo, uma norma de responsabilidade civil terá um nível de eficiência satisfatório quando atribuir responsabilidade pelo dano à parte que têm maior capacidade de evitar a sua ocorrência. De certa maneira, essa é a tônica da responsabilidade civil objetiva, o que exige um nível de cuidados redobrado das empresas quando ao pleno domínio de suas atividades e todos os riscos que essas atividades podem gerar.

2.4 Os processos judiciais

Os processos judiciais, em geral, são muito dispendiosos. Custos administrativos, com advogados, de deslocamento, tempo, enfim, todas essas características são ínsitas a esse universo. Dizer que é dispendioso, contudo, não significa, necessariamente, dizer que se consubstancia em uma ferramenta ineficaz, sobretudo, quando visualizado sob a ótica do do ramo do Direito e Economia. Mas para que essa análise de eficiência seja realizada de forma adequada, elementos tanto de direito quanto de economia precisam ser considerados.

Num país como o Brasil, cujo grau de judicialização é extremamente elevado, parte em decorrência da extrapolação da garantia do acesso à justiça advinda da Constituição de 1988, o processo acabou por se transformar numa espécie de fim em si mesmo em matéria de resolução de conflitos. Essa realidade gera um custo de transação consideravelmente elevado e

em grande parte isso ocorre porque análises econômicas básicas, como de custos e benefícios, são deixadas de lado em detrimento da utilização dessa ferramenta como fim único a perseguir o cumprimento da aplicação do direito.

Nesse cenário, uma primeira lição importante advinda do Direito e Economia é: os casos tendem a ser resolvidos fora do Tribunal quando o valor a ser perseguido pelo potencial autor de uma demanda for menor do que os benefícios que possam advir do processo, descontando-se todos os custos da demanda. Ocorre, porém, que por ter se transformado num fim em si, as motivações que levam ao ajuizamento ou não uma ação, muitas vezes, fazem com que o processo seja utilizado sem levar em consideração os reais benefícios que ele pode gerar ao seu respectivo autor, elevando-se, assim, os custos de transação.

Questões como sentimentos internos – frequentemente identificados por exemplo, em quadros societários compostos por familiares –, ou mesmo, a recorrente imprevisibilidade dos Tribunais em suas decisões, geram um efeito cascata que dificulta a observância de elementos que auxiliem na busca de uma verificação apurada que defina se o processo judicial é ou não a melhor solução para um determinado caso concreto (lembrando que existem, ainda, outros mecanismos alternativos de resolução de conflitos, tais como a mediação e arbitragem, que podem se mostrar mais eficientes de acordo com a natureza do conflito). Quanto maior for a estabilidade desses elementos externos, maior será a possibilidade de prever o quão benéfica é a demanda judicial.

Pensemos num exemplo de relação de consumo. Uma empresa X prejudica o consumidor Y num valor hipotético de 100. O consumidor lesado, por sua vez, oferece um acordo em que receberia 50. Se a empresa recusar, ela poderá enfrentar uma demanda judicial que custará 10. Se perder a ação, a empresa pagará 100 (valor real inicial do prejuízo). Nesse contexto, a pergunta que se faz é: qual seria a menor probabilidade do consumidor vencer o caso para que a empresa espere lucrar com a realização de um acordo? Esse tipo de análise, como em vários outros casos, respeita elementos de uma árvore de decisão comum ao âmbito da Teoria dos Jogos, considerando os seguintes elementos: chegar ou não à um acordo prévio *vs* processar ou não processar vs possibilidade de ganho vs mensuração da quantificação da indenização, etc.

Os tribunais, a seu turno, também devem levar em consideração a análise econômica. Segundo Coase, os tribunais devem compreender as consequências econômicas de suas decisões e devem, até o ponto que isto for possível e sem criar muitas incertezas a respeito da posição legal propriamente dita, levar em consideração estas consequências ao tomar suas decisões.

3. Aplicação ao quotidiano

Observa-se que a análise econômica do direito é de fundamental importância para os estudos de direito econômico (que com ela não se confunde), propriedade, responsabilidade civil, societário, contratos. Mas é ainda relevante notar que tal análise não se reduz ao nível acadêmico, mas pode servir de base para a tomada de decisão do empreendedor no quotidiano.

Isto é, mais importante que trazer conceitos abstratos, a abordagem revela-se instrumental ao empresário, na medida em que o auxilia a compreender a realidade e permite a superação de problemas que por vezes podem causar a estagnação produtiva ou até mesmo a redução drástica do lucro. Dessa forma, a empresa pode ser construída de modo a estimular a coopera-

ção, permitindo um ganho coletivo (eficiência e maximização do bem-estar).

É possível vislumbrar inúmeros exemplos de aplicação concreta dessa abordagem ao quotidiano, bastando, para os estreitos limites desta cartilha, enumerar três deles (que, defluem, de maneira quase intuitiva, da observação da realidade empresarial).

O primeiro diz respeito à decisão fundamental do empresário sobre como obter os recursos necessários à manutenção ou, mesmo, à ampliação de suas atividades. A depender do arcabouço legislativo e regulatório existente, ele terá a opção de se valer de um empréstimo (por intermédio, p.ex., de um banco privado ou público, caso este tenha, p.ex. uma linha especial para esse tipo de atividade) ou abrir seu capital em uma bolsa de valores, mobilizando uma coletividade difusa a ser sua sócia no empreendimento. Esse tipo de escolha é predominantemente informado pela lógica da racionalidade econômica, em um balanceamento de custos e benefícios em cada uma das opções, a variar conforme o contexto econômico em que for inserida.

O segundo exemplo enfoca uma outra alternativa que se põe ao empresário em seu dia a dia: investir em pesquisa, desenvolvimento e inovação ou replicar produtos e tecnologias já existentes? A decisão dependerá de uma série de fatores, tais como as necessidades tecnológicas e a estrutura concorrencial do mercado em que atua, o arcabouço regulatório de incentivo à inovação, de proteção a novas tecnologias, a amplitude territorial de sua atuação, a facilidade ou não de acesso às fontes de informação tecnológica etc. Todos eles a depender, em alguma medida, de estruturas normativas que acabam por influenciar diretamente o comportamento dos agentes.

Finalmente, o terceiro exemplo diz respeito às situações de crise pelas quais, não raro, passam as empresas no exercício de sua atividade. O arcabouço normativo prevê mecanismos de endereçamento das situações de crise, notadamente a recuperação (extrajudicial e judicial) e a falência. Do ponto de vista da racionalidade econômica, como decidir qual o mecanismo mais adequado? Os mecanismos existentes fornecem instrumentos eficientes de superação da situação de crise? Como permitir sua utilização ótima, endereçando adequadamente os interesses do devedor, dos credores, dos trabalhadores e da coletividade em geral (que se beneficia da atividade econômica desenvolvida?

Dentre outras questões, poderia ser explorada ainda a avaliação e mensuração dos impactos de novos regramentos jurídicos sobre a economia, tais como: impactos do novo código comercial, da nova lei de terceirização de mão de obra, da reforma tributária, etc. Com estas mensurações, muitas vezes canalizadas por meio dos estudos de Direito e Economia, as tomadas de decisão seja do empresariado, ou mesmo, do poder público, tornam-se muito mais objetivas e claras, possibilitando, assim, que sejam eficientes e benéficas à sociedade de um modo geral.

4. Conclusão

Para além da consolidação das teorias mais recentes sobre o tema, esta primeira edição da série **Comércio Internacional e Informação** pretendeu fornecer aos agentes econômicos conceitos fundamentais da abordagem da Análise Econômica do Direito, cuja razão de ser não é se confinar nos muros acadêmicos, mas sim constituir-se em ferramentas uteis ao empresariado para maior compreensão da realidade na tomada de decisão, fomento das suas atividades e melhoria do ambiente de negócios no Brasil.

Referências

COASE, R. H. A Firma, o Mercado e o Direito. Tradução Heloisa Gonçalves Barbosa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016 (Coleção Paulo Bonavides).

COOTER. Robert; ULEN, Thomas. Direito & Economia. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

MANKIW, N. Gregory. Introdução a Economia. Tradução Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima. São Paulo: Cengage Learning, 2016.

TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direito & economia. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 262, p. 95-144, jan./abr. 2013

POSNER, Richard A. Economic Analysis of Law. 6a.ed. Aspen Publishers: 2003.

SALAMA, Bruno M. O que é Pesquisa em Direito e Economia? Caderno Direito GV, v. 22, Mar. 2008.

SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio (orgs). Direito e Economia. Análise Econômica do Direito e das Organizações. Direito & Economia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.